

Wie privat darf die Scheidung sein?

VB verfassungsblog.de/wie-privat-darf-die-scheidung-sein/

Nadjma Yassari Fr 22 Sep 2017

Fr 22 Sep
2017

Dass deutsche Gerichte ausländisches Familienrecht anwenden, scheint die Gemüter immer wieder zu bewegen. Dabei geht dieser Befehl vom deutschen Kollisionsrecht aus, mit der Absicht, in Fällen mit Auslandsbezug das Recht des Landes zur Anwendung zu bringen, das mit dem Sachverhalt am engsten verbunden und somit am sachgerechtesten ist. Diese enge Beziehung wurde zunächst vornehmlich an der Staatsangehörigkeit (Heimatrecht) abgelesen. Neuerdings wird der gewöhnliche Aufenthalt (Aufenthaltsrecht) als geeigneter erachtet, diese Nähe auszudrücken.

Einschlägiges Scheidungsrecht: Rom III-VO und *ordre public*

Wollen sich nun etwa Syrer in Deutschland scheiden lassen, ist nach der Verordnung Nr. 1259/2010 des Rates der Europäischen Union (Rom III-VO) das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Ehegatten, mithin deutsches Recht, anzuwenden. Haben die Ehegatten aber bereits in Syrien ihre Ehe aufgelöst, müssen sie ihre Scheidung nach den Regelungen des deutschen Anerkennungsrechts anerkennen lassen. Dabei unterscheidet die Lehre zwischen *Verfahrensscheidungen*, also solchen Scheidungen, an denen ein staatliches Organ konstitutiv mitgewirkt hat, und *Privatscheidungen*, also Scheidungen durch rein privates Handeln. Während Erstere nach vereinfachten verfahrensrechtlichen Vorschriften anerkannt werden können, müssen Letztere einer vollumfänglichen Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit nach dem auf sie anwendbaren Recht unterzogen werden.

Diese umfängliche Prüfung erfolgte bis zum Inkrafttreten der Rom III-VO im Juni 2012 über Art. 17 EGBGB, der als Grundregel auf das Heimatrecht der Ehegatten verwies und auch Privatscheidungen erfasste. War danach die Scheidung wirksam, musste noch die Hürde des *ordre public* genommen werden. Der Ordre-public-Vorbehalt (Art. 6 EGBGB) erlaubt dem Gericht, einschlägige ausländische Normen nicht anzuwenden, wenn dies zu einem Ergebnis führen würde, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Diese Prüfung ist immer eine auf die Umstände des Einzelfalles gestützte, konkrete Gesamtbetrachtung. Somit kann auch einer an sich diskriminierenden Scheidung Wirkung verliehen werden, wenn es die Umstände des Falles rechtfertigen, wenn etwa die Ehefrau einverstanden war und/oder die Scheidung auch nach dem deutschen Recht möglich gewesen wäre.

Mit Inkrafttreten der Rom III-VO 2012 wurde Art. 17 EGBGB aufgehoben. Die Gerichte wenden nun für die Prüfung der Wirksamkeit der Privatscheidung die Regelungen der Rom III-VO an. Im Unterschied zu Art. 17 EGBGB bringt die Rom III-VO das Aufenthaltsrecht zur Anwendung und sieht zugleich eine strengere Prüfung des ausländischen Rechts vor. So erlaubt die in Art. 10 Rom III-VO zum Ausdruck kommende, spezielle Ausprägung des *ordre public* den Gerichten, die Anwendung des einschlägigen Rechts bereits dann zu versagen, wenn dieses schon seinem Inhalt nach einem Ehegatten aufgrund seines Geschlechts einen gleichberechtigten Zugang zur Scheidung verwehrt.

(Keine) Anerkennung von Privatscheidungen nach der Rom III-VO?

Mit seiner Vorlage an den EuGH im Juni 2015 wollte das OLG München nun die Frage geklärt wissen, ob die Heranziehung der Rom III-VO zur vollumfänglichen Prüfung der Wirksamkeit der Privatscheidung (im Fall: syrischen Rechts) zwecks ihrer Anerkennung überhaupt rechtens sei, und bejahendenfalls, ob dann auch Art. 10 Rom III-VO zu prüfen und gegebenenfalls wie er auszulegen sei.

Generalanwalt Saugmandsgaard Øe empfiehlt dem EuGH, Privatscheidungen nicht der Rom III-VO zu unterstellen. Nur der Unionsgesetzgeber könne, sofern er dies wünsche, eine solche Einbeziehung veranlassen. Für seine

ablehnende Empfehlung verweist er auf die Ziele, die Systematik und die Entstehungsgeschichte der Verordnung sowie die Notwendigkeit eines einheitlichen Begriffsverständnisses im europäischen Kollisionsrecht. Das gelte insbesondere für den Terminus „Ehescheidung“, der unter Berücksichtigung der Brüssel IIa-VO (die die Zuständigkeit der Gerichte regelt) auszulegen sei. Da Letztere nur solche Scheidungen erfasse, die unter Mitwirkung einer staatlichen Behörde erwirkt worden sind, müsse dies auch für die Scheidung in der Rom III-VO gelten.

Zentrales Argument Saugmandsgaard Øes ist somit, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass der Rom III-VO die europäischen Scheidungsrechte im Blick hatte, die die Privatscheidungen nicht kennen. Diese eurozentristische Argumentation irritiert schon deswegen, weil die Rom III-VO universelle Anwendung beansprucht und auch das Recht außereuropäischer Staaten erfasst. So kennen nicht nur die islamischen Länder die Privatscheidung, sondern auch die Mehrheit der südostasiatischen Länder wie Japan, Südkorea, Thailand oder Taiwan. Aber auch in der EU ist eine Privatisierung der Scheidung zu beobachten. Fünf Jahre nach Erlass der Rom III-VO ist die „Scheidung ohne Gericht“ auch in der EU nicht nur salonfähig geworden, insbesondere als Ausweg aus der Überlastung der Gerichte, sondern auch gesetzlich verankert: In Italien können Eheleute seit 2014 durch Behördenscheidung ihre Ehe außergerichtlich durch privatautonome Einigung auflösen. In Spanien kann seit 2015 mittels formeller Einigung die Ehe vor einem Rechtspfleger oder einem Notar geschieden werden. Im November 2016 hat der französische Gesetzgeber das Gesetz zur Modernisierung der Justiz des 21. Jahrhunderts erlassen und als Ausdruck der Moderne die außergerichtliche Scheidung eingeführt. Zwar sind in all diesen Rechtsordnungen weiterhin zwingend staatliche Organe an der Herbeiführung der Eheauflösung beteiligt, ihre Aufgabe ist aber letztlich auf eine Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Willenseinigung der Eheleute beschränkt, so dass der Schutzzweck eines Gerichtsverfahrens auch dort nicht unbedingt gewährleistet ist. Vorauszusetzen, dass die (vermeintliche) Mündigkeit der scheidungswilligen Eheleute die im Gerichtsverfahren gewährleisteten Verfahrensgarantien ersetzen kann, ist gelinde gesagt optimistisch. Bemerkenswert sind auch die aktuellen Diskussionen in Großbritannien um die Einführung einer „Internet-Scheidung“ (auch *“quickie divorce”* genannt). Unstreitige Scheidungen sollen demnach nur noch online behandelt werden. Wenn aber das Ende einer britischen Ehe „nur noch einen Mausklick entfernt“ ist, warum sollten außereuropäische, außergerichtliche Scheidungen anders behandelt werden?

Der Ausschluss einer Scheidungsart aus der Rom III-VO kann meines Erachtens nicht mehr mit dem Fehlen eines zwingenden Gerichtsverfahrens gerechtfertigt werden, wenn Europa langsam, aber kontinuierlich sein gerichtliches Scheidungsmonopol abbaut. Das Feigenblatt einer staatlichen Mitwirkung zur Abdeckung europäischer Privatscheidungen und der Verweis auf eine konstitutive Mitwirkung irgendeiner staatlichen Behörde überzeugt jedenfalls dann nicht, wenn dadurch die Rechtmäßigkeit der Eheauflösung im weitesten Sinne nicht gewährleistet werden kann. Zudem bereitet die Abgrenzung zwischen konstitutiver oder deklaratorischer behördlicher Mitwirkung erhebliche Schwierigkeiten, vor allem dort wo Letztere aufgrund einer angeordneten umfänglichen Prüfung als Funktionsäquivalent gelten könnte. Logische Konsequenz dieser Entwicklung, der Abgrenzungsschwierigkeiten sowie der weltweiten Vielfalt der Eheauflösungsarten ist – entgegen der Empfehlung von Saugmandsgaard Øe – eine weite Auslegung des Begriffes der Ehescheidung, die auch die Privatscheidung erfasst.

Folgt der EuGH Saugmandsgaard Øes Empfehlungen, entsteht eine Regelungslücke bei der kollisionsrechtlichen Behandlung der Privatscheidung. Diese mag mittel- bzw. langfristig durch nationale Lösungen oder womöglich durch eine neue europäische Verordnung zur Anerkennung außereuropäischer Scheidungen geschlossen werden. Da die Mühlen der Gesetzgebung freilich langsam mahlen, könnten sich deutsche Gerichte bis dahin einer Analogie zu den Anknüpfungsregeln der Rom III-VO bedienen. Zufriedenstellend ist das alles aber nicht.

Der *ordre public* als Rettungsleine

Die Crux an der Privatscheidung syrischer Prägung ist nämlich nicht so sehr ihre Formfreiheit. Anstößig ist vielmehr ihre geschlechterspezifische Einseitigkeit. Denn die einseitige außergerichtliche Scheidung steht ausschließlich dem Ehemann zu. Geht der Eheauflösungswunsch nur von der Ehefrau aus, muss sie zwingend ein gerichtliches Verfahren anstreben. Wo aber ausländisches Recht als anstößig empfunden wird, ist ihm nicht mittels eines

Ausschlusses aus dem kollisionsrechtlichen Regelungswerk als solche zu begegnen, sondern ihm ist mit dem Schwert des *ordre public* mutig entgegenzutreten. Denn der „Sprung ins Dunkle“ des ausländischen Rechts bleibt immer mit einer „Rettungsleine“ versehen. Diese Leine hat die Rom III-VO allerdings straffer gezogen als erforderlich.

Da nach der Empfehlung des Generalanwalts die Rom III-VO auf Privatscheidungen nicht anzuwenden sein soll, erübrigen sich im Grunde auch die Fragen nach der Anwendbarkeit und Auslegung von Art. 10 Rom III-VO. Dennoch führt Saugmandsgaard Øe ausführlich aus, warum seiner Ansicht nach dieser Artikel abstrakt auszulegen ist. Maßgebliches Argument dafür sei die Gewichtung der Gleichberechtigung als grundlegendes Prinzip, von der auch nicht durch privatautonome Handlung abgegangen werden könne. Konsequente Folge dieser Gewichtung müsse demnach der absolute Ausschluss des gesamten berufenen Rechts ohne Möglichkeit der Ausnahme im Einzelfall sein. Zudem führt er die Bedeutung des Entscheidungsgleichlaufs in den Mitgliedsstaaten an, der dann nicht gewährleistet wäre, wenn das anzuwendende Recht nach einer kasuistischen Analyse und nicht auf systematische und daher sichere Art und Weise bestimmt würde.

Auch diese Empfehlung ist überschießend und überzeugt nicht. Alle europäischen Rom-Verordnungen enthalten *Ordre-public*-Klauseln und alle gehen von einer konkreten Prüfung aus. Dass die Anwendungspraxis in den einzelnen Mitgliedsstaaten unterschiedlich ausfällt, ist weder neu noch überraschend, sondern logische Konsequenz einer auf den Ausgleich privatrechtlicher Interessen gerichteten Einzelfallgerechtigkeit. Zugleich ist zu beobachten, dass der *ordre public* längst europäisiert und von den Wertvorstellungen Europas durchdrungen ist: Ein nationales Gericht, welches einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung nicht erkennen kann, muss stets auch prüfen, ob dieses Ergebnis mit europäischen Werten vereinbar ist. Diese Prüfung ist keine Einbahnstraße: Auch umgekehrt muss sich ein nationales Gericht vergewissern, dass es mit der Anwendung des *ordre public* nicht europäisches Recht verletzt. Mehr darf nicht verlangt werden: Der *ordre public* muss das Korrektiv für die besonderen Fälle bleiben. Als pauschale Erziehungsmaßnahme für (vermeintlich) unbelehrbare Rechtsordnungen ist er wahrlich nicht gedacht.

Was hoffen?

Es bleibt der Appell, der EuGH möge den Empfehlungen seines Generalanwaltes nicht folgen. Wie soll der Entscheidungseinklang in Scheidungssachen erreicht werden, wenn die nationalen Rechtsordnungen bei der Privatscheidung ihr eigenes Süppchen kochen (sollen)? Nur durch eine weite Auslegung des Ehescheidungsbegriffes und einer engen Auslegung von Art. 10 Rom III-VO wird gewährleistet, dass in der EU Privatscheidungen weitgehend nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden.

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Yassari, Nadjma: *Wie privat darf die Scheidung sein?*, *VerfBlog*, 2017/9/22, <http://verfassungsblog.de/wie-privat-darf-die-scheidung-sein/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170922-125140>.